Deutscher Bundestag **Drucksache 16/7423**

16. Wahlperiode 04. 12. 2007

Antwort

der Bundesregierung

auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Lötzer, Dr. Barbara Höll, Werner Dreibus, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
– Drucksache 16/7196 –

Missbrauch der EU-Niederlassungsfreiheit durch Scheinselbständigkeit im Baubereich

Vorbemerkung der Fragesteller

Die Bundesregierung hat sich gemeinsam mit den Tarifparteien des Baugewerbes dazu verpflichtet für die Einhaltung der Mindestlöhne zu sorgen. Im deutschen Baugewerbe wird aber zunehmend mit vorgeblich selbständigen Wanderarbeitern aus den neuen EU-Staaten der geltende Mindestlohn unterlaufen.

So wurden im September 13 rumänische und 16 polnische Arbeiter auf der Prestigebaustelle von Karstadt in Essen über Wochen nicht vergütet. Erst mit Hilfe der zuständigen Gewerkschaft IG BAU und dem für diese Arbeitnehmer gegründeten „Europäischen Verband der Wanderarbeiter“ (EVW) konnten die ausstehenden Löhne i. H. v. 65 000 Euro netto vom Generalunternehmen Bilfinger Berger „erstritten“ werden.

Der Subunternehmer Osha-Bau aus Berlin hatte die Arbeiter in Unkenntnis der Rechtslage dazu bewegt so genannte Gewerbeanmeldungen zu unterschreiben. Somit galten diese als Selbständige (vgl. Berichterstattung WDR, 21., 22., 25., und 26. September 2007). Als „Einzelunternehmer“ sollen sie dann Werkverträge auf Baustellen abarbeiten. In der Folge wurde der Mindestlohn unterschritten und zum Teil Stundenlöhne von nur 1,48 Euro ausbezahlt. Die Auftraggeber begründen das damit, dass der Mindestlohn nur für Arbeitnehmer, nicht aber Selbständige gelten würde (Neue Rhein Zeitung vom 8. Oktober 2007).

Das gleiche Vorgehen wurde bei 19 rumänischen Bauarbeitern auf der Ärztehausbaustelle des St. Marien Krankenhauses in Ratingen angewandt, die auf die Auszahlung von rund mehr als 60 000 Euro/netto warteten (vgl. RTL – Spiegel-TV Sendung vom 14. Oktober 2007, sowie diverse WDR Beiträge). Die Arbeiter wurden mit kleinen Abschlagszahlungen abgespeist, die noch nicht einmal zum Einkauf von Lebensmitteln reichten.

Ähnliche Sachverhalte sind u. a. auf Großbaustellen in Aachen, Bielefeld oder Stuttgart dokumentiert. Im Rahmen eines Strafverfahrens haben am 19. Juli 2007 rund 200 Einsatzkräfte der Finanzkontrolle Schwarzarbeit 15 Objekte in Nordrhein-Westfalen durchsucht. Der Europäische Verband der Wanderarbei-

---

Die Antwort wurde namens der Bundesregierung mit Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 30. November 2007 übermittelt.

Die Drucksache enthält zusätzlich – in kleinerer Schrifttype – den Fragetext.

ter (EVW) spricht von 100 solcher Fälle auf deutschen Baustellen im Jahr 2006 (DIE ZEIT vom 10. Mai 2007). Der Sprecher des Hauptzollamtes Darmstadt, Claus-Peter Möller, spricht davon, dass bei entsprechenden Prüfungen von Werkvertragsunternehmen immer wieder gravierende Mindestlohnverstöße festgestellt werden. (www.zoll.de/f0_veroeffentlichungen/d0_fks/x0_2007/h14_klinikum/index.html).

1. Geht die Bundesregierung im Lichte der vorgetragenen Ereignisse davon aus, dass die gesetzlichen Grundlagen zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit ausreichen, und wie begründet sie ihre Haltung?

Die Bundesregierung hält die gesetzlichen Grundlagen für ausreichend.

Für die Abgrenzung zwischen selbständigen Tätigkeiten von so genannter Scheinselbständigkeit ist nicht die im Vertrag gewählte Bezeichnung maßgeblich. Vielmehr kommt es nach der ständigen Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte auf die tatsächlichen Verhältnisse und die tatsächliche Durchführung der vertraglichen Beziehungen an. Danach ist Arbeitnehmer oder Beschäftigter, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, so ist Letztere maßgebend.

Im Hinblick auf das Sozialversicherungsrecht hat der Gesetzgeber mit der Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung und der Schaffung einer Clearingstelle bei der Deutschen Rentenversicherung Bund zur Feststellung von Scheinselbständigkeit die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen geschaffen. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) führt auf der Grundlage des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes umfangreiche Kontrollen durch. Für die Prüfung, ob die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) zwingenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen – insbesondere der Mindestlohn – eingehalten werden, ist ebenfalls die FKS im Rahmen ihrer Kontrollen zuständig.

2. Erwägt die Bundesregierung gesetzliche und administrative Maßnahmen, um die Umgehung des Baumindestlohns sowie die Sozialversicherungspflicht durch Scheinselbständigkeit zu unterbinden?

   Wenn ja, welche?

   Wenn nicht, warum nicht?

Weitergehende Maßnahmen sind derzeit nicht vorgesehen. Zur Begründung wird auf die Antwort zu Frage 1 verwiesen.

3. Inwieweit beurteilt die Bundesregierung insbesondere den Wegfall der Vermutungsregelung § 7 Abs. 4 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, sowie Regelungen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und der Gewerbeordnung zur Scheinselbständigkeit als zweckdienlich, um die geschilderten Fälle zu bekämpfen?

   Wo sieht die Bundesregierung gesetzlichen Änderungsbedarf?

Die 1999 geschaffene Vermutungsregelung hat sich in der Praxis der Sozialversicherungsträger zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit als nicht geeignet herausgestellt, so dass diese Vorschrift 2002 ersatzlos aufgehoben wurde. Seither werden in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht Fälle von so genannter

Scheinselbständigkeit wie zuvor im Rahmen der geltenden Amtsermittlung anhand der von der höchstrichterlichen sozialgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien im konkreten Einzelfall ermittelt und erfolgreich bekämpft. Weitergehender gesetzlicher Änderungsbedarf besteht nicht.

Auch hinsichtlich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes besteht insoweit kein Änderungsbedarf. Zur Begründung wird auf die Antwort zu Frage 1 verwiesen.

§ 14 Abs. 1 der Gewerbeordnung (GewO) verpflichtet den selbständigen Gewerbetreibenden zur Anzeige seines Gewerbes. Die zuständige Behörde darf die einschlägigen Daten aus der Gewerbeanzeige gemäß § 14 Abs. 9 Nr. 7 GewO an die Behörden der Zollverwaltung weiterleiten. Diese Daten helfen den Behörden der Zollverwaltung bei der in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Prüfung, ob im Inland als weisungsabhängige Arbeitnehmer beschäftigte Ausländer als selbständige Gewerbetreibende auftreten. Die gewerberechtliche Regelung wird als zweckdienlich und ausreichend erachtet.

4. Sieht die Bundesregierung die Notwendigkeit und Möglichkeit, die Haftung von Auftraggebern und von Generalunternehmen über § 1a AEntG hinausgehend zu regeln?

   Wenn nein, warum nicht?

Die Prüfung und die damit verbundene Diskussion, ob und ggf. auf welcher gesetzlichen Grundlage eine möglicherweise notwendige Ausweitung der Generalunternehmerhaftung vorgenommen werden könnte, ist innerhalb der Bundesregierung noch nicht abgeschlossen.

5. Sieht die Bundesregierung die Notwendigkeit, Unternehmen und Subunternehmen, die nachweislich einen solchen Missbrauch begangen haben, von öffentlichen Aufträgen auszuschließen?

   Wenn nein, warum nicht?

   Welche gesetzlichen Möglichkeiten gibt es bereits bzw. welchen Neuregelungsbedarf?

Das AEntG enthält bereits eine Regelung zum Ausschluss von öffentlichen Aufträgen. Nach § 6 Satz 1 AEntG sollen Bewerber von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag für eine angemessene Zeit ausgeschlossen werden, die wegen einer Ordnungswidrigkeit nach dem AEntG mit einer Geldbuße von mindestens 2 500 Euro belegt worden sind. Dasselbe gilt nach § 6 Satz 2 AEntG auch schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens, wenn kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung im Sinne des § 6 Satz 1 AEntG besteht. Eine entsprechende Regelung sieht § 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes bei der Vergabe von Bauaufträgen durch die in der Vorschrift genannten öffentlichen Auftraggeber vor.

Nach § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) werden öffentliche Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Diese Kernaussage des § 97 GWB ist nochmals in den hierzu erlassenen Verdingungsordnungen für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen verbindlich festgeschrieben. Dies bedeutet, dass bei Unternehmen, die z. B. nachweislich gegen Bestimmungen des AEntG verstoßen haben, die Zuverlässigkeit in der Regel in Frage zu stellen ist. Unzuverlässige Unternehmen sind grundsätzlich vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen.

Zusätzlicher Regelungsbedarf besteht insoweit nicht.

6. Wie bewertet die Bundesregierung die rechtlichen und administrativen Möglichkeiten der Kommunen, bereits bei der Gewerbeanmeldung dem Verdacht auf Scheinselbständigkeit nachzugehen und Gewerbeanmeldungen zu untersagen?

Die Gewerbeanzeige als notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit kann den Anstoß für die Überprüfung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden geben, sofern Verdachtsmomente für dessen Unzuverlässigkeit vorliegen, mit dem Ziel, gegebenenfalls ein Gewerbeuntersagungsverfahren einzuleiten. Für die Überprüfung im Hinblick auf Scheinselbständigkeit sind die Zollbehörden zuständig, denen regelmäßig von der Anzeigebehörde (Gewerbeamt der Kommune oder in einigen Ländern auch die IHK) die entsprechenden Daten aus der Gewerbeanzeige weitergeleitet werden. Im Übrigen wird auf die Antwort zu Frage 3 verwiesen.

7. Wie bewertet die Bundesregierung im Lichte der geschilderten Fälle die Zusammenarbeit zwischen den Gewerbebehörden der Länder und der Finanzkontrolle Schwarzarbeit?

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat mit den Wirtschaftsministerien der Länder im Sommer 2007 eine Vereinbarung über die Grundsätze der Zusammenarbeit der FKS mit den Gewerbebehörden der Länder geschlossen (Zusammenarbeitsvereinbarung). Die Zusammenarbeitsvereinbarung regelt insbesondere die Übersendung von Daten der Gewerbeanzeigen an die Behörden der Zollverwaltung, zu der die Gewerbebehörden gemäß § 14 Abs. 9 Nr. 7 GewO berechtigt sind.

Auf der Grundlage der Zusammenarbeitsvereinbarung arbeiten die FKS und die Gewerbebehörden intensiv zusammen.

8. Welche Fortschritte hinsichtlich der verstärkten Zusammenarbeit von Bund und Ländern hat die Task Force zur Bekämpfung des Missbrauchs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit vorzuweisen?

Bund und Länder haben im Rahmen der Task Force ihre Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Scheinselbständigkeit insbesondere durch

- gemeinsame Gespräche zwischen den Leitern der Task Force und den von der Wirtschaftsministerkonferenz, der Arbeits- und Sozialministerkonferenz, der Agrarministerkonferenz, der Innenministerkonferenz, der Justizministerkonferenz und der Finanzministerkonferenz der Länder benannten Vertretern in regelmäßigen Abständen;
- regelmäßige Erfahrungsaustausche mit den zuständigen obersten Landesbehörden;
- die Erarbeitung eines Leitfadens für Prüfungen im Bereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit unter Federführung des BMF für die Kontrollbehörden in Bund, Ländern und Kommunen;
- den Abschluss einer Vereinbarung des BMF mit den Wirtschaftsministerien der Länder über die Zusammenarbeit der FKS mit den Gewerbebehörden der Länder;
- In-Kraft-Setzen eines zwischen BMF und den Innenministerien der Länder abgestimmten gemeinsamen Leitfadens über die Zusammenarbeit der FKS mit den Ausländerbehörden der Länder;

strukturiert und wesentlich intensiviert.

9. Hat die Bundesregierung durch eine Ausweitung und Neuausrichtung der Kontrolltätigkeiten des Zolls und der FKS (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) auf die Zunahme von ähnlichen Fällen reagiert?

Die Bekämpfung des Missbrauchs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit genießt im Rahmen der Kontrolltätigkeit der FKS hohe Priorität. Intensive Prüfungen wurden und werden insbesondere im Baugewerbe, im Hotel- und Gaststättengewerbe, im Speditions-, Transport- und Logistikgewerbe sowie in der Fleisch verarbeitenden Industrie durchgeführt, also denjenigen Branchen, in denen Missbräuche besonders häufig zu verzeichnen sind. Bei den Prüfungen handelt es sich um Spontanprüfungen, um vorbereitete Einzelprüfungen sowie um regionale oder bundesweite Schwerpunktprüfungen.

10. Sieht die Bundesregierung die Notwendigkeit, die personelle Ausstattung und die administrativen Prüfmöglichkeiten der Zollbehörden und der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu verbessern?

    Wenn nein, warum nicht?

Durch den Personalkörper der FKS ist eine ausreichende Kontrolldichte gegeben.

Die FKS hat nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz umfassende Prüfungsmöglichkeiten im Bereich der Bekämpfung des Missbrauchs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.

11. Erwägt die Bundesregierung u. U. gemeinsam mit den Bundesländern personelle und organisatorische Maßnahmen, um die Tätigkeit der Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften zu verbessern?

    Wenn ja, welche?

    Wenn nein, warum nicht?

Aufgrund der grundgesetzlich festgeschriebenen Kompetenzverteilung sind dem Bund eigene personelle oder organisatorische Maßnahmen im Bereich der Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften untersagt.

12. Ist die Bundesregierung bereit, künftig die Informationsarbeit von Gewerkschaften und anderen Organisationen zur Aufklärung und Beratung für Opfer dieser Praktiken sowie zu präventiven Zwecken finanziell zu fördern?

Die Bundesregierung informiert die Öffentlichkeit in vielfältiger Weise über die geltende Rechtslage. Hierzu gehört auch die Information über die EU-Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Unter der Federführung des Bundesministeriums der Finanzen hat die Bundesregierung das Handbuch „Vorschriften für die Erbringung von Dienst- und Werkleistungen im Bereich der EU-Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit“ in deutscher und englischer Sprache herausgegeben. Es ist als Broschüre kostenlos zu beziehen und steht im Internet unter www.bundesfinanzministerium.de als Download zur Verfügung. Die Bundesregierung sieht es jedoch nicht als Aufgabe ihrer Öffentlichkeitsarbeit an, andere Institutionen bei ihrer Informationsarbeit finanziell zu fördern.

13. Sind nach Auffassung der Bundesregierung die verhängten Bußgelder bei ähnlichen Fällen ausreichend, um eine abschreckende Wirkung zu entfalten, und wie begründet sie ihre Auffassung?

Die Beschäftigung eines Ausländers, der keine Arbeitsgenehmigung-EU besitzt, kann gegenüber dem Arbeitgeber mit einem Bußgeld von bis zu 500 000 Euro sanktioniert werden; die Ausübung einer entsprechenden Beschäftigung durch den Ausländer mit einem Bußgeld von bis zu 5 000 Euro. Neben den Bußgeldtatbeständen können auch die Straftatbestände in § 266a des Strafgesetzbuches, § 15 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, §§ 10 und 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes sowie § 370 der Abgabenordnung verwirklicht sein. Damit können abhängig vom Einzelfall auch Freiheitsstrafen und Geldstrafen verhängt werden. Außerdem kann jeweils der erlangte wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden. Die Bundesregierung bewertet diese Sanktionsmöglichkeiten als ausreichend.

14. Sieht die Bundesregierung Möglichkeiten und die Notwendigkeit im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie sowie dem Auslaufen der Übergangsregelungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit im Mai 2009, die juristische Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen sowie zwischen Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit genauer zu fassen und damit Rechtssicherheit und effiziente Kontrollen zu ermöglichen?

Im deutschen Sozialversicherungsrecht gibt es bereits eine genaue Abgrenzung zwischen einer Beschäftigung und einer selbständigen Tätigkeit. Diese erfolgt gemäß § 7 Abs. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) im Wege der bereits genannten Amtsermittlung (§ 20 SGB X) durch die zuständigen Sozialversicherungsträger. Diese Abgrenzung ist im nationalen Sozialversicherungsrecht notwendig und sinnvoll. Davon zu trennen ist jedoch die Auslegung des europäischen Rechts, die maßgeblich durch die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs bestimmt wird.

Zur arbeitsrechtlichen Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis und selbständiger Tätigkeit vgl. Antworten zu Fragen 1 und 2. Die Bundesregierung macht im Übrigen darauf aufmerksam, das die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in der Folgemitteilung zum Grünbuch „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ vom 24. Oktober 2007 (KOM(2007) 627 endgültig) in verschiedenen Bereichen einen stärkeren Informations- und Erfahrungsaustausch vorgeschlagen hat. Dazu zählt auch die Klärung der Natur des Arbeitsverhältnisses, um das Verständnis unter den Mitgliedstaaten zu fördern und die Zusammenarbeit auf europäischer Ebene zu erleichtern.

Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind in den Artikeln 43 und 50 des EG-Vertrages definiert. Der Europäische Gerichtshof hat durch seine Rechtsprechung die Abgrenzung zwischen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit näher ausgestaltet. Danach liegt eine Niederlassung dann vor, wenn das vom Europäischen Gerichtshof aufgestellte Kriterium einer „dauerhaften und stabilen Begründung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat mit Integration in die dortige Wirtschaft nach den Bestimmungen des Aufnahme-Mitgliedstaates“ erfüllt ist. Eine Dienstleistung liegt hingegen dann vor, wenn es sich um die nur vorübergehende und gelegentliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat handelt. Für die Abgrenzung im konkreten Einzelfall sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Kriterien Dauer, Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität der Tätigkeit sowie die Verbundenheit mit der Wirtschaft des Herkunfts-Mitgliedstaates heranzuziehen. Aus Sicht der Bundes-

regierung sind die vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Abgrenzungskriterien ausreichend klar.

Zur Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie verweist die Bundesregierung im Übrigen auf ihre Antwort zur Kleinen Anfrage der Fragesteller vom 18. April 2007 (Bundestagsdrucksache 16/5030).

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333